

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Arrêt « Comune di Gesturi »

Mertens, Romain

*Published in:*  
Journal de droit européen

*Publication date:*  
2020

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Mertens, R 2020, 'Arrêt « Comune di Gesturi »: discriminations fondées sur l'âge et soutien à l'emploi des jeunes travailleurs', *Journal de droit européen*, Numéro 272, p. 364-366.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## Commentaires

À l'heure où la liberté d'expression est le nouveau joker brandi devant la Cour suprême des États-Unis pour justifier le refus de fournir des biens et des services aux personnes homosexuelles<sup>34</sup>, il nous paraît fondamental que la Cour de justice de l'Union européenne, tout en rappelant le caractère essentiel de

la liberté d'expression dans un État de droit, en pose clairement les balises. Exprimés dans un certain contexte, les mots rejoignent les actes. Ils ont pour effet d'exclure des personnes du champ social en les humiliant. Ils ne se contentent pas de blesser, ils discriminent.

(34) Voy. *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. (2018) dans lequel plusieurs juges considèrent dans leur opinion concurrente que la réalisation par un pâtissier d'une pièce montée, sans signe distinctif, particulier est une forme d'expression protégée par le Premier Amendement de la Constitution. Cette analyse, qui ne fait pas partie de la *ratio decidendi* de ce précédent revient à cautionner le refus de fournitures de biens ou de services à des minorités protégées dès qu'une dimension artistique peut être plaidée. Voy. notre analyse dans « Why a global approach to non-discrimination law matters : Struggling with the "conscience" of companies' », in E. Bribosia & I. Rorive (eds), *Human Rights Tectonics. Global Dynamics of Integration and Fragmentation*, Cambridge, Intersentia, 2018, pp. 111-140.

## Arrêt « Comune di Gesturi » : discriminations fondées sur l'âge et soutien à l'emploi des jeunes travailleurs

Romain Mertens(\*)

- L'arrêt « Comune di Gesturi » rappelle qu'une discrimination fondée sur l'âge peut être justifiée par un objectif lié à la politique de l'emploi
- Favoriser l'emploi de jeunes travailleurs dans la fonction publique constitue un tel objectif
- Il revient à la juridiction nationale d'apprécier le caractère approprié et nécessaire de l'exclusion des travailleurs à la retraite des missions publiques d'étude et de conseil

### Introduction

Dans son arrêt *Comune di Gesturi*<sup>1</sup>, prononcé le 2 avril 2020, la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après « la Cour ») rappelle qu'un objectif de politique sociale peut justifier une discrimination fondée sur l'âge, en vertu de l'article 6 de la directive 2000/78<sup>2</sup>. En l'espèce, un décret italien prévoit que les missions publiques d'étude et de conseil ne peuvent être octroyées à une personne à la retraite, sauf dans le cas où ces missions sont effectuées bénévolement. Si la Cour valide le principe du non-recrutement de personnes à la retraite, elle soulève néanmoins une série de questions, qu'elle demande à la juridiction nationale d'examiner soigneusement. Dans ce commentaire, l'on revient d'abord sur les faits de l'affaire (1), avant d'exposer le raisonnement de la Cour (2) et d'analyser ce dernier de façon critique (3).

### 1 Faits

À l'origine de l'affaire, se trouve une annonce de recrutement pour une mission d'étude et de conseil, publiée par la commune de Gesturi, en Italie. L'appel à candidatures stipule que l'offre est réservée aux personnes titulaires d'un diplôme en médecine et chirurgie, avec une spécialisation en hygiène et une expérience de gestion de minimum cinq ans au sein du Service national de santé. De plus, les candidatures des personnes à la retraite ne sont pas recevables. Ce critère est justifié par le décret-loi n° 95/2012, qui interdit aux administrations d'attribuer des missions d'étude et de conseil, ainsi que des postes de direction et d'encadrement, aux personnes à la retraite. Une exception est toutefois prévue pour les mandats exercés de manière bénévole pour une durée d'une année seulement.

(\*) Romain Mertens est chercheur et assistant à la Faculté de droit de Namur (Belgique). L'auteur remercie Stéphanie Wattier, chargée de cours à la Faculté de droit de Namur, pour ses précieux conseils. (1) Arrêt du 2 avril 2020, *Comune di Gesturi*, aff. C-670/18, EU:C:2020:272 (ci-après « l'arrêt commenté »).

(2) Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (ci-après « la directive 2000/78 »).

## Commentaires

Le requérant, C.O., intente un recours devant un tribunal administratif italien car l'appel à candidatures de la commune de Gesturi serait illégal. Selon lui, le décret-loi italien qui fonde l'exclusion des travailleurs à la retraite de l'appel à candidatures devrait être écarté au motif qu'il violerait le droit à la non-discrimination protégé par la directive 2000/78 et l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>3</sup>.

Saisi du recours, le tribunal administratif italien s'interroge sur la conformité du décret-loi au droit de l'Union européenne. Il n'est pas convaincu que l'exclusion des personnes retraitées soit appropriée, en ce que les missions d'études et de conseil requièrent une certaine expérience et peuvent difficilement être attribuées à des personnes jeunes. La mesure ne serait donc pas de nature à favoriser l'emploi des jeunes dans la fonction publique, ce qui est l'objectif allégué du décret-loi.

Dès lors, le tribunal italien décide de poser une question préjudicielle à la Cour afin de savoir « si la directive 2000/78 doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale qui interdit aux administrations publiques d'attribuer des missions d'étude et de conseil à des personnes retraitées » (point 16 de l'arrêt commenté).

### 2 Raisonement de la Cour

La Cour raisonne en trois temps. Premièrement, elle examine si la restriction entre dans le champ d'application de la directive 2000/78. Deuxièmement, elle détermine si l'exclusion des personnes retraitées crée une différence de traitement fondée sur l'âge. Troisièmement, si tel est le cas, elle analyse si cette différence de traitement peut être justifiée par un objectif légitime que des moyens appropriés et nécessaires visent à atteindre.

Selon la Cour, « une réglementation nationale qui interdit, de manière générale, aux administrations publiques d'attribuer des missions d'étude et de conseil aux personnes issues tant du secteur privé que du secteur public au motif qu'elles sont retraitées, conduit à exclure ces personnes de tout recrutement ou embauche. Il s'ensuit qu'une telle réglementation affecte directement la formation du rapport de travail » (points 22-23 de l'arrêt commenté). Or, l'article 3, paragraphe 1, sous a), de la directive 2000/78 englobe les conditions d'accès à l'emploi, « y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement ». La restriction litigieuse entre donc dans le champ d'application de la directive.

Quant à la deuxième étape du raisonnement, il y a lieu de constater qu'aucun âge précis n'est visé par la réglementation italienne. Cependant, pour être admis à la retraite, il est nécessaire de totaliser un certain nombre d'années de travail ainsi que d'avoir atteint un âge minimal. Or, une discrimination indirecte se produit « lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier »<sup>4</sup> pour des personnes d'un certain âge comparé à d'autres. Dès lors, la réglementation discrimine indirectement sur la base de

l'âge, même si l'âge des personnes concernées varie quelque peu (point 26 de l'arrêt commenté).

La troisième étape du raisonnement est celle qui appelle le plus de développements. L'article 6 de la directive autorise la fixation d'un âge maximal pour le recrutement afin d'atteindre des objectifs de politique sociale, notamment de parvenir à un taux d'emploi élevé. En l'espèce, l'objectif de la mesure est double : d'une part, réduire la pression sur le budget de l'État et, d'autre part, permettre à davantage de jeunes travailleurs d'être embauchés dans la fonction publique (point 32 de l'arrêt commenté).

Selon la Cour, des considérations budgétaires « ne sauraient toutefois constituer en elles-mêmes un objectif poursuivi » (point 34) par la politique sociale. La Cour renvoie à l'arrêt *Giersch*<sup>5</sup>, qui souligne également qu'un objectif budgétaire ne peut justifier une discrimination dans la politique sociale. En revanche, il est permis « d'instaurer des différences de traitement liées aux conditions d'accès à l'emploi, lorsque l'objectif vise consiste à établir une structure d'âge équilibrée entre jeunes fonctionnaires et fonctionnaires plus âgés, afin de favoriser l'embauche et la promotion des jeunes » (point 38). Un renvoi est également fait à l'arrêt *Fuchs et Köhler*<sup>6</sup>, dans lequel la Cour juge que la mise à la retraite d'office de fonctionnaires âgés de 65 ans (sauf si l'intérêt général requiert qu'ils restent en poste) est une mesure propre à garantir une structure d'âge équilibrée et à favoriser l'embauche des jeunes. Parmi les autres objectifs légitimes reconnus par la Cour, citons également la lutte contre le chômage et l'insertion de certaines catégories de travailleurs dans le monde du travail<sup>7</sup>.

Il reste à déterminer si la mesure est appropriée et nécessaire par rapport à l'objectif poursuivi, c'est-à-dire si elle permet d'atteindre l'objectif fixé, sans porter trop atteinte aux droits des personnes retraitées. La Cour souligne la « large marge d'appréciation » des États membres (point 42). Toutefois, « une attention particulière doit être accordée à la participation des travailleurs âgés à la vie professionnelle et, par là même, à la vie économique, culturelle et sociale. Le maintien de ces personnes dans la vie active favorise notamment la diversité dans l'emploi » (point 44).

En l'espèce, trois éléments amènent la Cour à se demander si le décret-loi italien ménage un équilibre entre l'objectif de politique sociale poursuivi et les droits des personnes retraitées.

Premièrement, elle se demande si la mesure est appropriée. L'argument est double : d'une part, la mesure litigieuse risque de mener à la sélection de personnes moins compétentes pour ces missions hautement techniques, ce qui est nuisible à l'intérêt général et, d'autre part, elle risque de ne pas favoriser le recrutement de personnes jeunes, car ces missions n'inciteront pas les travailleurs expérimentés à y postuler (point 47). En effet, les travailleurs plus âgés sont, vu leur expérience, davantage compétents pour accomplir les délicates missions d'étude et de conseil. Cependant, pour qu'ils soient tentés de postuler, « encore faut-il que ces missions d'étude et de conseil ne correspondent pas à des emplois isolés, à durée déterminée et n'offrant aucune possibilité d'évolution professionnelle ultérieure » (point 47).

(3) Le requérant aurait également pu invoquer le principe général de non-discrimination sur la base de l'âge, reconnu en droit de l'Union européenne depuis l'arrêt du 22 novembre 2005, *Mangold*, aff. C-144/04, EU:C:2005:709, point 75. (4) Directive 2000/78/CE, article 2, paragraphe 2, sous b). (5) Arrêt du 20 juin 2013, *Giersch e.a.*, aff. C-20/12, EU:C:2013:411. (6) Arrêt du 21 juillet 2011, *Fuchs et Köhler*, aff. C-159/10 et C-160/20, EU:C:2011:508. (7) Arrêt du 16 octobre 2007, *Palacios de la Villa*, aff. C-411/05, EU:C:2007:604, points 62-65.

## Commentaires

Deuxièmement, la Cour estime que la règle « ne prend pas en considération le caractère raisonnable ou non du niveau de la pension de retraite dont les intéressés bénéficient au terme de leur carrière professionnelle » (point 48). Cet argument revêt une dimension budgétaire, ainsi que de justice sociale.

Troisièmement, la Cour demande au juge national de vérifier « si la possibilité d'attribuer des postes d'encadrement et de direction occupés à titre bénévole ne constitue pas, en réalité, un objectif de politique budgétaire poursuivi par la réglementation en cause au principal, qui se trouve en contradiction avec l'objectif de politique de l'emploi fondé sur le rajeunissement du personnel » (point 51). En effet, cette possibilité diminue la pression sur les finances publiques, mais ne favorise aucunement l'emploi des jeunes. Or, c'est à l'aune de ce second objectif que le caractère approprié et nécessaire de la mesure est évalué, puisqu'un objectif budgétaire ne peut fonder une discrimination.

La Cour conclut son arrêt en validant le principe mis en place par le décret-loi italien, tout en insistant sur le fait que le juge national doit vérifier que les moyens sont appropriés et nécessaires pour atteindre l'objectif fixé.

### 3 Analyse critique

Tout d'abord, le raisonnement de la Cour peut être transposé, *mutatis mutandis*, aux réglementations analogues existant dans d'autres États membres. Le praticien qui y est confronté doit dès lors examiner si la réglementation est apte à atteindre le but fixé et si elle ne prévoit pas d'exceptions traduisant la prépondérance d'un objectif budgétaire. En droit belge, l'on n'a pas connaissance d'une réglementation similaire au décret-loi italien. Dans l'ensemble, le système actuel est plutôt favorable au travail des personnes à la retraite. Par exemple, depuis 2015, la Belgique autorise le cumul de revenus professionnels avec une pension de retraite, sans aucune limite, si la personne a atteint 65 ans ou compte 45 années de carrière<sup>8</sup>.

Ensuite, l'on pense que la réalité économique pourrait être davantage mobilisée pour déterminer si la mesure litigieuse est appropriée au regard de l'objectif poursuivi. La notion de risque est, à cet égard, utile. En effet, les missions d'étude et de conseil intéressent des personnes qui peuvent se permettre de prendre le risque de répondre à une mission dont la durée est limitée. Les travailleurs retraités répondent à cette condition. En revanche, une personne travaillant dans l'administration n'est pas incitée à pos-

tuler à l'offre, compte tenu de l'insécurité d'emploi qui sera la sienne lorsque la mission d'étude sera achevée. Cela est d'autant plus vrai que le travail dans l'administration est généralement caractérisé par une grande sécurité d'emploi, ce qui est susceptible de rendre les personnes y travaillant encore plus réticentes à prendre un risque. Si la personne peut se mettre en disponibilité pendant la durée de la mission, alors le rajeunissement du personnel ne sera que temporaire. La Cour aurait donc également pu s'appuyer sur ces considérations pour déterminer si la mesure était contraire au droit de l'Union européenne.

Enfin, à notre estime, la réponse de la Cour n'est pas assez tranchée. Dans sa question préjudicielle, le tribunal italien faisait déjà état de ses doutes concernant le caractère approprié et nécessaire de la mesure litigieuse. Si, en substance, le raisonnement de la Cour confirme que ces doutes sont fondés, il revient malgré tout au juge italien de décider si le décret-loi est valide. Pourtant, la Cour aurait pu adopter un dispositif plus ferme, en indiquant que la directive 2000/78 s'oppose à une réglementation nationale telle que celle en cause, qui interdit d'attribuer des missions d'étude et de conseil à des personnes retraitées, *sauf lorsqu'elles sont exécutées bénévolement*. Selon nous, cet élément est décisif dans le raisonnement, car il subordonne l'objectif de politique sociale (le recrutement de jeunes travailleurs) aux considérations budgétaires (la réduction de la dépense publique). Même en l'absence de cette possibilité de travail bénévole, la Cour aurait pu répondre que la directive 2000/78 s'oppose à une réglementation nationale qui interdit d'attribuer des missions d'étude et de conseil à des personnes retraitées, en ce que cette mesure n'est pas appropriée par rapport à l'objectif de politique sociale fixé, vu la nature des missions concernées.

### En guise de conclusion

Pour clore l'analyse, l'on voudrait souligner que le raisonnement de l'arrêt s'inscrit dans la droite ligne de la jurisprudence de la Cour en matière de discrimination sur la base de l'âge. Si l'on partage les arguments invoqués par la Cour pour mettre en doute le caractère approprié et nécessaire du décret-loi italien, l'on regrette qu'elle n'en tire pas toutes les conséquences. À notre sens, un constat de contrariété au droit de l'Union européenne était, non seulement possible, mais également souhaitable. Il aurait permis de réaffirmer l'importance de la protection des travailleurs âgés. À défaut, « l'attention particulière » à la participation des travailleurs âgés à la vie active risque de demeurer un vœu pieux.

(8) Arrêté royal du 20 janvier 2015 modifiant l'article 64 de l'arrêté royal du 21 décembre 1967 portant règlement général du régime de pension de retraite et de survie des travailleurs salariés, *M.B.*, 23 janvier 2015. Quant aux fonctionnaires, ils ont la possibilité de continuer à travailler après 65 ans s'ils en font la demande, voy. arrêté royal du 1<sup>er</sup> juillet 2012 portant modification de l'arrêté royal du 12 mai 1927 relatif à l'âge de la mise à la retraite des fonctionnaires, employés et gens de service des administrations de l'État, *M.B.*, 10 juillet 2012.